

## **A ORDEM CONSTITUCIONAL E O NOVO DIREITO CIVIL**

**FÁTIMA NANCY ANDRIGHI**

*Ministra do Superior Tribunal de Justiça*

Honra-me sobremaneira participar deste Congresso “A ordem constitucional e o Novo Direito Civil”, promovido pelo incansável Des. Paulo Sérgio Fabião, e que me distinguiu com o convite.

Ao tempo em que cumprimento o ilustre colega apraz-me homenagear, ainda que de forma singela, mas de coração, o digno Presidente de Honra deste Congresso, sua excelência o Min. Moreira Alves, a quem todas as homenagens são insuficientes. Receba Min. Moreira Alves a nossa reverência e perene gratidão pelas multifárias lições de juiz exemplar, de cultor intransigente do Direito e da Justiça, mas receba também o nosso pedido de que pratique ato de caridade cristã: escreva, mas escreva muito para continuar nos ensinando interpretar e aplicar corretamente o Código Civil.

O advento de novas leis propicia muitos debates, muitas dúvidas, e atiga modernistas exegeses, mas também favorece a interpretações ortodoxas ou até, porque não dizer misoneístas; isto é, um comportamento intransigente com tudo o que é novo.

Nada mais pernicioso para um tempo de modernização da legislação pelo qual estamos passando do que, diante de um novo texto agirmos com pré-compreensão, interpretarmos minados pela pré-compreensão.

Lembro, por oportuno, uma passagem da vida do grande advogado Calamandrei que nos mostra o quanto devemos estar atentos a este comportamento.

Calamandrei defendia um vendedor de cavalos, e conforme a alegação do comprador, referido cavalo tinha o hábito de morder. Calamandrei venceu em primeiro e segundo grau de jurisdição afastando o vício redibitório e, portanto, excluindo o fato de que o cavalo tivesse o mau hábito de ser um mordedor. O comprador vencido e inconformado foi bater às portas da Corte de Cassação, que só julga direito e, portanto, sem competência para reabrir discussão em torno de questões de fato. Confiante Calamandrei, que repita-se era um advogado genial, sequer fez sustentação oral. Todavia estranhou que o procurador geral, contrariamente à expectativa, houvesse se levantando para dizer que o recurso era fundamentadíssimo e que deveria ser provido pela Corte.

Findo o julgamento, Calamandrei não resistiu o ímpeto de dirigir-se ao procurador, revelando a sua surpresa, ao que lhe respondeu delicadamente o defensor da Justiça: Caro advogado Calamandrei, contra cavalos mordedores toda a severidade é pouca.

Há muitos anos caminhava eu a pé com meu filho pela mão numa calçada. O cavalo de uma carroça estacionada mordeu violentamente o braço do menino. Produziu-lhe uma profunda ferida, que demandou mais de um mês de tratamento. Desde então, quando ouço falar em cavalo mordedor, sou implacável.

Este é o risco que desejamos dar vulto: no momento que estamos iniciando a aplicação do Código Civil, da Emenda Constitucional 45 e outras tantas leis processuais, não podemos ser ou agir como aquele procurador, para o qual não tinha importância se o cavalo era ou não mordedor, bastava para sua decisão ouvir pronunciar a palavra mordedor e ele se tornava implacável e, não, justo.

A amplitude do tema que me foi destinado “A aplicação das normas constitucionais na Jurisprudência do STJ” permitiu que eu pinçasse apenas para a nossa reflexão duas questões candentes: 1) o

direito constitucional à razoável duração do processo e 2) a retroatividade mínima da aplicação do Código Civil âmbito dos contratos.

Iniciemos pelo: direito constitucional à razoável duração do processo.

No processo, o tempo representa, ao mesmo tempo, uma cruz e um deleite: uma cruz para quem espera justiça e deposita forças e esperanças na almejada resolução da controvérsia; e um deleite para aquele que vê distanciar-se a aplicação da condenação.

A esse respeito, REMO DANOVI recorda um caso patológico ocorrido no Século XVI, no qual um juiz de nome Brigialoca (um curioso juiz que determinava o destino dos processos usando dados) absurdamente teorizava que mesmo num mecanismo simples como aquele baseado na sorte dos dados, o tempo era necessário: para decidir a lide, já que, não era necessário jogar imediatamente os dados, porque "o tempo matura cada coisa e com ele todas as coisas tornam-se claras, sendo o pai da verdade". Assim, ele entendia que o processo deveria ser "diluído e diferido", até que chegasse, por conseqüência, bem "ventilado", "peneirado" e debatido à sua "maturidade." Como se nota, são complexas e paradoxais as teorias do juiz Brigialoca.

O problema da excessiva duração do processo não é recente. Já no Século XIII começou um movimento na Europa para corrigir a interminável duração dos processos.

Passaram-se os séculos, mas o problema da excessiva duração do processo ainda persiste, não só na Europa, como na América e, especialmente, entre nós.

Atualmente, para o cidadão brasileiro, ativar a "máquina da justiça" civil significa esperar um tempo médio de cinco a dez anos antes de ver a sua demanda julgada definitivamente. No entanto, esse problema

não é verificável somente no Brasil, já que por essa mesma razão, apenas nos primeiros dez meses do ano 1997, a Corte Européia de Direitos Humanos, em Estrasburgo, recebeu 7.208 reclamações contra o Itália, por violação dos dispositivos da Convenção dos Direitos Fundamentais da União Européia, que prevêem o direito a um julgamento dentro de um "prazo razoável".

No Brasil, buscando combater a excessiva duração do processo, várias leis reformistas foram sancionadas, especialmente ao longo da última década.

Assim, no dia 31 de dezembro de 2004, entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 45, a qual implantou diversas alterações na Constituição, dentre elas, de especial interesse aqui, a inclusão do inciso LXXVIII ao art. 5.º, assim redigido: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

Temos que reconhecer que a morosidade dos serviços prestados pelo Poder Judiciário tem sido elemento inibidor para que o cidadão procure, pelos caminhos legais os seus direitos. Custas processuais e honorários advocatícios por demais elevados retiram das faixas mais pobres da população a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário, gerando, iniludivelmente, pelo menos, três posturas indesejáveis e altamente prejudiciais no comportamento social do cidadão.

A primeira é permanecer silente, omissa, retendo no seu coração a mágoa, a frustração e a insegurança, geradas pela ausência de proteção dos seus direitos pelo Judiciário, causando males psicossomáticos; a segunda é contratar alguém para fazer a Justiça que ele, titular do direito, entende ser detentor, e fazendo a "entrega da prestação jurisdicional" nos moldes do seu próprio entendimento; e a terceira, é fazer Justiça com as suas próprias mãos, exercitando por si

próprio os seus direitos. É curial, que qualquer um desses comportamentos desequilibra a convivência em sociedade, inviabilizando, a vida pacífica dos cidadãos.

Uma análise magistral da lentidão da Justiça pode ser encontrada na Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, publicada pelo Instituto Toledo de Ensino de Bauru, onde o articulista pondera:

Essas causas são significativas, mas acima delas, com muito maior significação, está o processualismo, entendido como talo exagerado formalismo com que os julgadores, de um modo geral, tratam as questões. Em qualquer tribunal brasileiro, com certeza bem mais da metade do tempo das sessões de julgamento é gasto no debate de questões processuais. E um número significativo de julgados não faz mais que deixar de julgar, na medida em que não é apreciado o mérito das questões postas, que ensejam a renovação dos pleitos por outras vias processuais. E não são raros os casos nos quais triunfa quem não tem razão, mas tem o patrocínio de advogado hábil no manejo dos ritos.

Um dos caminhos, para amenizar o sofrimento do cidadão, é a responsabilização do Estado pelo anormal funcionamento da administração da Justiça. Assegurar a responsabilidade do Estado pelos danos causados pelo funcionamento anormal de um serviço, traduz:

uma forma de garantia crescida para a independência do juiz no exercício da sua função e simultaneamente para as partes. Mas traduz uma forma de controle para o cidadão, perante um Estado cada vez mais interventor e assegurado de riscos, a quem pode exigir um padrão médio de actuação e de qualidade e o assegurar de direitos fundamentais legal e constitucionalmente protegidos.

A idéia que predomina no mundo de hoje é de uma *Justiça total*, isto, porque, atualmente tudo se espera da Justiça. Segundo o modelo que se passava no Estado-Providência, no qual se pensava ser possível ao Estado tudo regular, tudo reparar; hoje, tal esperança parece ter passado para a Justiça, em quem se confia a utilização de instrumentos processuais para fins de política social. No dizer de

Alessandro Giuliani, e Nicola Picardi, jurista de Perugia, hoje a Justiça está "nos olhos e na boca do Mundo".

Os cidadãos de hoje, que já assistiram a passagem da *Justiça distributiva* para uma *Justiça participativa*, esta caracterizada por uma multiplicação de direitos exercitados, que em geral entram em paradoxo, qual seja, o cidadão tem acesso ao Judiciário, mas não tem acesso à Justiça. A vida em sociedade hoje, embora proclame inumeráveis direitos sociais, e, por isso passou-se a exigir do juiz uma nova postura. A ocorrência da massificação de ações e julgamentos, o que se produz com a utilização de ações singulares e coletivas, acaba provocando um deslocamento do eixo de muitos conflitos que saem do âmbito do interesse particular para o interesse geral, como por exemplo, a defesa de interesses difusos.

Com esta plêiade de novos direitos exercidos pelos cidadãos aliada aos novos instrumentos processuais, especialmente as tutelas diferidas, se torna necessário, na medida do poder que se concede ao juiz a sua corresponsabilização.

Não se está a falar da responsabilização do Estado pelas eventuais decisões finais errôneas, mas se está sugerindo estudos no sentido de ser ampliado o espectro da responsabilização, qual seja, assegurar a responsabilidade do Estado pelos danos causados pelo funcionamento anormal do serviço judiciário. Não se está aqui buscando localizar ilícitos, mas sim e principalmente o funcionamento anormal e deficitário que é motivado, dentre outros elementos, pelo aparelhamento da máquina estatal que produz atraso no processo jurisdicional.

Os motivos que geram o mau funcionamento dos serviços judiciários que decorrem de dolo ou negligência dos titulares de órgãos, funcionários ou agentes, quando praticada no exercício e por causa das suas funções leva à responsabilidade do Estado.

Muitas vezes o dano decorre de faltas ou falhas de serviço por causa da administração judicial antiquada que não acompanhou a evolução tecnológica, não racionalizou o modo de fazer o processo, não atentou para o aumento da litigiosidade, por causa da proliferação de legislação processual como tentativa de resolução de dificuldades estruturais, por causa da falta de preparação, inadaptação ou negligência dos funcionários e dos juízes, que repercutem no cumprimento dos prazos processuais e acabam por alongar injustificadamente o processo.

Com efeito, o fundamento da responsabilidade, segundo Prof. Canotilho, não é simplesmente a violação de interesses privados, mas igualmente a violação dos interesses públicos, nomeadamente a conformação do Poder Judicial com os limites constitucionais.

Mas afinal, o que é razoável duração do processo?

Estremar O "prazo razoável" é tarefa ingente, e antes de tentar dar uma resposta a essa pergunta é necessário verificar no direito europeu, especialmente no direito italiano - inclusive pelo semelhante (ou maior) problema da excessiva duração do processo -, como a questão da "razoabilidade" da duração do processo vem sendo tratada, tendo em vista a precocidade da introdução do instituto, necessário verificar no direito europeu no ordenamento brasileiro (final de 2004).

Recentemente Portugal foi condenado por violar o art. 6º, nº 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos porque um juiz português levou cinco anos para decidir um processo. Foi considerado um ato ilícito que se traduzia numa violação direta da Constituição. Nesta trilha, afirmou o Prof. Gomes Canotilho:

a necessidade da interpretação das normas processuais com um sentido conforme com os direitos, liberdades e garantias constitucionalmente protegidos, devendo o direito a um processo sem dilações indevidas ser considerado como um direito constitucionalmente consagrado, com caráter autônomo ou como dimensão constitutiva do direito à tutela

judicial efetiva e que tem como destinatários passivos todos os órgãos do poder judicial.

No direito italiano, especialmente por ser essa questão já há algum tempo discutida lá e ainda relativamente incipiente cá, apesar da nossa realidade ser diferente da realidade européia é de conveniência que tomemos como base doutrinária para os nossos estudos.

Na Europa os dispositivos normativos mais significativos que tratam do direito à razoável duração do processo são o art. 6º da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, o art. 47 da Convenção dos Direitos Fundamentais da União Européia de 2000. Na Itália, os dispositivos respectivos estão no art. 111 da Constituição da República e na Lei n. 89, de 24 de março de 2001.

A esse respeito, o pesquisador italiano EUGENIO DALMOTTO, em comentários à Lei n. 89, de 24 de março de 2001, esclarece que a avaliação da "razoabilidade" da duração do processo é uma operação extremamente delicada, "porque impõe referir-se a uma cláusula geral e de si um tanto quanto vaga".

Segundo o professor titular de direito processual civil da Universidade de Nápoles (Università Federico 11 di Napoli), GIUSEPPE OUVIERI:

A delimitação do conceito de razoável duração do processo deve partir da jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos que - chamada a decidir os recursos relativos à violação das disposições da Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem - necessariamente tem que decidir quando um processo de duração não razoável configura-se.

Tal jurisprudência, utilizável *cum grano salis*, pois relativa ao aspecto ressarcitório, fixou - para a avaliação da razoável duração do



processo - os seguintes cânones interpretativos a serem considerados conjuntamente:

- a) a duração, do início à formação do julgado;
- b) a complexidade da causa;
- c) o comportamento das partes;
- d) a conduta das autoridades."

Com efeito, segundo a doutrina Italiana, a Corte de Estrasturgo estabeleceu que o conceito de "duração razoável" deve ser necessariamente relacionado ao caso concreto, considerando todas as circunstâncias atinentes à causa, em particular:

- 1) o grau de complexidade, sob o ponto de vista de fato e de direito,
- 2) a conduta das partes,
- 3) o comportamento das autoridades competentes.

O conceito foi eficazmente sintetizado neste sentido pela Corte de Estrasturgo no recurso Guillemin x França, em 21.02.97:

o caráter razoável da duração de um processo se avalia segundo as circunstâncias da causa, que demanda à ocorrência uma avaliação abrangente e tendo em vista os critérios consagrados pela jurisprudência da Corte, em particular a complexidade da causa, o comportamento dos recorrentes e das autoridades competentes.

Contudo, conforme alerta de ANDREA GAUDENZI, em várias ocasiões, a Corte deixou claro que o conceito de "razoável duração" não deve ser confundido com "duração breve".

Ao recorrente, em síntese, não basta provar a longa duração do processo para demonstrar a violação ao art. 6º da Convenção Européia

para a Proteção dos Direitos do Homem, isto porque pode não pode ser considerada demora nos processos quando se fizer necessário resolver questões de particular dificuldade.

Em outras circunstâncias estabeleceu-se ser suficiente que uma causa fosse definida em pouco mais de 3 (três) anos para evidenciar a violação ao art. 6º da Convenção, na ausência de dificuldades objetivas e na presença de "tempos mortos" no processo.

Apenas a título de curiosidade, EUGENIO DALMOTTO cita que a Corte de Estrasburgo, em 541 (quinhentos e quarenta e um) julgamentos sobre a duração do processo, proferidos entre julho de 2000 e dezembro de 2001, fixou "a duração razoável normal e média de um processo em primeiro grau em três anos e a de um processo em grau de recurso em um ano."

Conforme aponta DALMOTTO:

De fato, a Corte Européia construiu uma noção particularmente clara e tendencialmente consolidada, ainda que genérica, dos fenômenos que estendem ou reduzem a razoável duração dos processos, definindo uma espécie de catálogo dos critérios a serem considerados e aplicando-o, ao longo dos anos, a uma numerosa e vária casuística.

Geralmente, a jurisprudência européia aponta que o caráter razoável da duração de um processo civil é determinado tendo em vista a complexidade de fato ou de direito da controvérsia, ao comportamento processual dos recorrentes e à conduta das autoridades judiciárias e administrativas envolvidas no processo.

Todavia, a rica experiência jurisprudencial da Corte de Estrasburgo, de indiscutível validade para os fins da interpretação do indeterminado conceito de "razoável duração do processo" e de aplicação dos mencionados critérios, nos leva à conclusão que o dado cronológico da duração do procedimento não tem valor absoluto, seja porque não existem parâmetros temporais preestabelecidos e uniformes, seja porque

a razoabilidade ou a excessividade da duração de um processo por si só não se prestam a uma rígida avaliação em abstrato, mas exigem uma específica apreciação a ser feita segundo as circunstâncias concretas de cada causa individual e à luz dos mencionados critérios de avaliação da "razoável duração do processo".

No único processo que tem notícia, que foi julgado até o momento pelo STF, em que se citou *en passant* a violação ao art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal (HC 85.237/DF, DJ 29.04.05), tais critérios traçados pela Corte Européia não foram sequer citados. Portanto, debates como o que ora fazemos aqui são muito necessários.

Diante dessa breve exposição, podemos concluir que o conceito de "razoável duração do processo" constitui uma cláusula em branco, aberta, que a jurisprudência deverá caracterizar com conteúdos concretos, a fim de definir em cada processo, singularmente, se a respectiva duração foi razoável ou excessiva e, assim, se o direito assegurado pelo inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal foi violado ou não.

Por fim, cabe passar os olhos rapidamente sobre a Lei Italiana de nº 89 de 24.03.2001, no que diz respeito ao direito à reparação pecuniária em caso de violação da duração razoável do processo. Com efeito, prevê o art. 2º da referida lei, que:

Quem sofreu um dano patrimonial ou não patrimonial decorrente da violação da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, recepcionada pela lei nº 848 de 4 de agosto de 1955, sob o aspecto do desrespeito à duração razoável do processo, prevista no artigo 6º, § 1º, da mencionada Convenção, tem direito a uma reparação equitativa.

A ação de reparação pecuniária terá no pólo passivo (i) o ministro da justiça quando se tratar de processos de competência de juízo ordinário; (ii) o ministro da defesa quando se tratar de processos de

competência de juízo militar; (iii) o ministro das finanças quando se tratar processos de competência de juízo tributário; e (iv) o presidente do conselho de ministros em todos e quaisquer outros casos.

Cabe ainda assinalar que a Lei Italiana de nº 89 de 24.03.2001 previu, para custear o ônus financeiro decorrente da sua própria aplicação, o estabelecimento de um fundo especial do erário público (Mínistero Del Tesoro).

o Brasil, infelizmente, já sofreu a primeira condenação pela Corte de São José da Costa Rica, por sermos subscritores da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José, em razão da demora do julgamento de um processo criminal em tramitação em um dos estados do norte do país. O nosso primeiro entrave de ordem burocrática foi buscar a rubrica no orçamento da União para efetuar o depósito da condenação. Muitas outras questões surgirão em torno deste tema. Por isso o convite ao estudo e reflexão. Indaga-se apenas para instigar a meditação: a condenação por um tribunal internacional impede o pedido de danos morais perante um tribunal nacional?